

## **OFICIO 220-004390 DEL 20 DE ENERO DE 2014**

### **ASUNTO: SITUACIÓN DE CONTROL- GRUPO EMPRESARIAL.**

Me refiero a su comunicación radicada con el número 2013-01-520100, mediante la cual formula la siguiente consulta:

1. ¿Puede una entidad sin ánimo de lucro ejercer “Control” sobre otras entidades sin ánimo de lucro y/o sociedades de carácter comercial? ¿Este control se debe declarar, e informar a terceros a través del Certificado de Existencia y Representación legal?
2. ¿Puede una entidad sin ánimo de lucro “controlante” tener unidad de propósito y dirección frente a sus controladas (otras entidades sin ánimo de lucro y/o sociedades de carácter comercial) y, en consecuencia, convertirse en Grupo Empresarial?
3. ¿Puede una entidad sin ánimo de lucro tener relaciones de consumo con sus asociados, o la relación con los asociados es de carácter asociativo?
4. ¿Debe el representante legal suplente justificar la ausencia del representante legal principal, cuando actué en representación de la entidad ante las autoridades judiciales y/o administrativas?

Al respecto, es del caso observar que de acuerdo con el artículo 260 del Código de Comercio, modificado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995, “ Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.”

La doctrina vigente con respecto a la naturaleza jurídica de las entidades vinculadas en la situación de control o de grupos empresariales, ha sido objeto de una evolución normativa, en la medida en que la actividad legislativa ha asumido paulatinamente la responsabilidad de reflejar la realidad de las relaciones económicas inherentes a sus protagonistas.

La fórmula utilizada en el Código de Comercio, fue modificada por la Ley 222 de 1995, por medio de la cual se subrogaron los artículos 260 y siguientes del Código de Comercio, en cuanto que en esta ocasión fueron incluidos otro tipo de sujetos en la relación de vinculación.

De esta manera, se estableció en el artículo 26 de la citada norma lo siguiente:

“ARTICULO 26. SUBORDINACIÓN. El artículo 260 del Código de Comercio quedará así:  
“ARTICULO 260. Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquella se denominará filial o

con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.

Se aprecia cómo, inicialmente, el legislador de 1995 reitera el concepto de subordinación referido a la sociedad como sujeto pasivo de la relación y da un giro en relación con la controlante para señalar que este sujeto puede ser otra sociedad u “otras personas”.

Más adelante, los párrafos primero y segundo del artículo 27 *ibídem*, resultan más explícitos al reconocer la posibilidad de que la matriz sea una persona natural o jurídica de naturaleza no societaria, según se lee:

“PARAGRAFO 1º. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

“PARAGRAFO 2º. Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el párrafo anterior.”

Pero en esta oportunidad, llama la atención que el legislador introduce el vocablo “entidades” para referirse a aquellas personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria que pueden existir en calidad de controlantes de cara a la relación de vinculación.

Lo propio ocurre en la novedad que implementa el artículo 28 *ibídem*, con respecto a la existencia de Grupo Empresarial:

‘ARTICULO 28. GRUPO EMPRESARIAL. Habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección.

“Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlan te en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social, o actividad de cada una de ellas.

“Corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, o en su caso a la de Valores o Bancaria, determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que lo originan.” (Subrayas no son del texto)

Sin embargo, en esta norma ya se produce un avance fundamental que ha pasado desapercibido en la teoría de conglomerados, puesto que en esta oportunidad se utiliza indistintamente la alocución “entidades” para referirse tanto a la matriz como a la subordinada en función de vinculación.

Pero este avance persiste y se acentúa en el artículo 29 *ibídem*, al referirse nuevamente al vocablo genérico “entidades” tanto para la parte controlante como para la subordinada en la vinculación:

“ARTICULO 29. INFORME ESPECIAL. En los casos de grupo empresarial, tanto los administradores de las sociedades controladas, como los de la controlante, deberán presentar un informe especial a la asamblea o junta de socios, en el que se expresará la intensidad de las relaciones económicas existentes entre la controlante o sus filiales o subsidiarias con la respectiva sociedad controlada.

“Dicho informe, que se presentará en las fechas señaladas en los estatutos o la ley para las reuniones ordinarias, deberá dar cuenta, cuando menos, de los siguientes aspectos:

“1. Las operaciones de mayor importancia concluidas durante el ejercicio respectivo, de manera directa o indirecta, entre la controlante o sus filiales o subsidiarias con la respectiva sociedad controlada.

“2. Las operaciones de mayor importancia concluidas durante el ejercicio respectivo, entre la sociedad controlada y otras entidades, por influencia o en interés de la controlante, así como las operaciones de mayor importancia concluidas durante el ejercicio respectivo, entre la sociedad controlante y otras entidades, en interés de la controlada, y

“3. Las decisiones de mayor importancia que la sociedad controlada haya tomado o dejado de tomar por influencia o en interés de la sociedad controlante, así como las decisiones de mayor importancia que la sociedad controlante, haya tomado o dejado de tomar en interés de la sociedad controlada;

“La Superintendencia de Sociedades, o en su caso la de Valores o Bancaria, podrá en cualquier tiempo, a solicitud del interesado, constatar la veracidad del contenido del informe especial y si es del caso, adoptar las medidas que fueren pertinentes.” (Subrayas no son del texto).

No se trata de simples alusiones idiomáticas desprovistas de consecuencias jurídicas, pues en estos apartes cuando la ley se refiere a otras “entidades” lo hace refiriéndose a las subordinadas, tal como se puede percibir de la simple lectura de las normas transcritas.

Si el legislador hubiese querido restringir el concepto de subordinadas exclusivamente a sociedades comerciales, no se habría modificado la estructura genérica utilizada reiteradamente en otras estructuras normativas.

La apertura conceptual adoptada por el legislador es total y consistente en involucrar en la expresión “entidades” no solo a las entidades configuradas como sociedades comerciales, sino a sujetos de naturaleza no societaria, de comprobada relevancia económica, tanto en calidad de matriz como en calidad de subordinada, reconociendo de esta manera la realidad de las relaciones económicas en este tipo de estructuras de mercado.

Al final del ejercicio descubre el investigador que el legislador ha avanzado sustancialmente de la perspectiva formal al énfasis en la actividad económica organizada relevante en su intensidad y realidad para la economía del país.

Poco a poco se va asociando el concepto de “otras entidades” con el concepto de toda actividad económica organizada, buscando con ello la realidad de las operaciones de mercado en el conglomerado.

El artículo 31 de la Ley 222 es eficiente en expresar la importancia de identificar la situación de control en su mayor intensidad frente a cada operación económica relevante, pero esta vez se aproxima con claridad inusitada a la realidad de las operaciones de mercado, en el terreno de la expresión de la posición dominante en perjuicio del Estado, de los socios de las sociedades vinculadas o de terceros, facultando a las entidades de vigilancia y control para intervenir de manera plena y directa en tales operaciones.

**ARTICULO 31. COMPROBACION DE OPERACIONES DE SOCIEDADES SUBORDINADAS.** El articulado del Código de Comercio quedará así:

**ARTICULO 265.** Del Código de Comercio. Los respectivos organismos de inspección, Vigilancia o control, podrán comprobar la realidad de las operaciones que se celebren entre una sociedad y sus vinculados. En caso de verificar la realidad de tales operaciones o su celebración en condiciones considerablemente diferentes a las normales del mercado, en perjuicio del Estado, de los socios o de terceros, impondrán multas y si lo considera necesario, ordenarán la suspensión de tales operaciones. Lo anterior, sin perjuicio de las acciones de socios y terceros a que haya lugar para la obtención de las indemnizaciones correspondientes.

A esta altura del desarrollo normativo no interesa el vehículo jurídico utilizado ni la naturaleza jurídica de la subordinada, sólo interesa la actividad económica organizada que no es otra cosa que la empresa misma en su concepción primigenia.

Se cierra entonces el círculo donde la teoría y el pensamiento formal se encuentran con la experiencia y la realidad en materia de conglomerados y grupos económicos según la cual en la configuración de las constelaciones de relación entre vinculados aparecen tanto en la parte activa de las controlantes como en la parte pasiva de las subordinadas, entidades de naturaleza societaria y no societaria, que reflejan una indudable actividad económica organizada.

Tal incorporación comporta todo tipo de consecuencias en la conformación de la real estructura de la vinculación, tanto en materia de revelación para el mercado como en la real posición jurídica de la matriz no solo frente a las sociedades subordinadas sino frente a toda actividad organizada que le esté sujeta, con personalidad o sin personalidad jurídica.

Lo dicho conduce a exigir el cumplimiento de la obligación de revelar en el registro mercantil de las matrices y en el de las subordinadas, la integración de todos los sujetos económicos vinculados tanto en la parte activa como en la parte pasiva, sean los tales

sociedades, fundaciones, corporaciones, asociaciones, personas naturales, o inclusive entidades sin personería como consorcios, patrimonios autónomos, uniones temporales o simplemente contratos de asociación o integración económica, siempre que se de una situación de control.

Revelación que igualmente debe formularse en el informe especial anual de los administradores de la controlante y las subordinadas, en el cual se especifique la intensidad de las operaciones de mayor relevancia realizadas en interés de la controlante y las operaciones de mayor importancia realizadas en interés de la controlada, así como las decisiones de mayor importancia que la controlada haya tomado o dejado de tomar por influencia o en interés de la controlante o las decisiones de mayor importancia que la controlante haya tomado o dejado de tomar por la influencia que ejerce en interés de la controlada.

Trátase de control de hecho, control contractual o control formal, individual o conjunto, directo o indirecto, ejercido en Colombia por personas colombianas o extranjeras, desde el territorio colombiano o desde el extranjero, sobre subordinadas colombianas o extranjeras, en función de control simple o acompañado de unidad de propósito y dirección.

En conclusión, desde la legislación vigente se impone con toda suficiencia el avance doctrinal consistente en el reconocimiento de la fórmula que incluye tanto en la parte activa de la vinculación como en la pasiva de la situación de control a “otras personas” o “entidades” de naturaleza no societaria, para integrar en consonancia con la realidad a todos los actores económicos materialmente involucrados, tanto en el registro mercantil como en el informe consolidado de estados financieros.

**RATIFICACIÓN EXPRESA DE OTRAS “ENTIDADES” EMPRESARIALES DE NATURALEZA NO SOCIETARIA, COMO SUBORDINADAS EN LA CONFORMACIÓN DE GRUPO EMPRESARIAL, EN LA LEY 1340 DE 2009 Y EN EL DECRETO 1749 DE 2010.**

Esta posición fue ampliamente expuesta por este organismo en la Resolución 125-015813, por la cual se declaró la existencia de grupo empresarial, donde la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP — SALUDCOOP E.PS tiene la calidad de matriz, que está conformado por las siguientes sociedades y entidades.

Por lo anterior y conforme a los parámetros expuestos, el controlante, sea persona natural o jurídica, está obligada a proceder a declarar la situación de control y/o de grupo empresarial, en los términos establecidos en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995; sea persona natural o jurídica, hará constar tal control y/o la conformación del grupo empresarial. Dicha obligación debe ser observada dentro de los treinta (30) días siguientes a la configuración de la situación de control (Art. 30 de la Ley 222 de 1995). De igual forma, la matriz o controlante, además de preparar y presentar estados financieros de propósito general individuales, deberá preparar y difundir estados financieros de propósito general consolidados que presenten la situación financiera, los resultados de las

operaciones, los cambios en el patrimonio, así como los flujos de efectivo de la matriz o controlante y sus subordinados o dominados, como si fuesen los de un solo ente (Art. 35 ídem).

Efectuadas las precisiones que anteceden, se resuelven los interrogantes planteados, en su orden así:

- 1) Efectivamente una entidad sin ánimo de lucro puede ejercer “control” sobre entidades sin ánimo de lucro y/o sociedades. El control debe registrarse en la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio de todos los vinculados y en tal virtud en el certificado de existencia y representación legal de todos los controlados o de quienes conformen el grupo empresarial, debe aparecer esa anotación.
- 2) Efectivamente, si se dan los presupuestos de subordinación y se configura la unidad de propósito y dirección entre los vinculados, podría configurarse un grupo empresarial.
- 3) La relación con los asociados, es una relación de carácter asociativo regida por las reglas propias del tipo de empresa a la que se encuentre vinculado su aporte o participación; el consumo es un derecho inherente al individuo y en tal virtud, a juicio de este Despacho, salvo que exista alguna prohibición que limite este derecho, una restricción en este sentido debe ser evaluada en cada caso concreto.
- 4) La figura del suplente del representante legal está establecida para reemplazar al principal en sus faltas temporales o absolutas, de suerte que si el suplente está actuando, debe entenderse que el principal está dentro de cualquiera de los referidos supuestos, lo cual no obsta para que los terceros interesados verifiquen esta circunstancia y en tal evento el suplente que procede de buena fe, justifique su actuación como representante legal suplente.

En los anteriores términos se han atendido sus inquietudes, no sin antes manifestarle que el presente oficio tiene los alcances del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.